



רע"פ 3807/18 - דמיטרי טרטיאקוב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 3807/18

לפני: כבוד השופט (בדימ') א' שהם

המבקש: דמיטרי טרטיאקוב

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, מיום 27.3.2018, בע"פ 44536-12-17, שניתן על ידי כב' הרכב השופטות: ר' יפה-כ"ץ - נשיאה; י' רז-לוי; ו-ג' שלו

בשם המבקש: עו"ד טל ענר; עו"ד רות לוי

בשם המשיבה: עו"ד עידית פרג'ון

החלטה

1. לפניי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הרכב השופטות: ר' יפה-כ"ץ - נשיאה; י' רז-לוי; ו-ג' שלו), בע"פ 44536-12-17, מיום 27.3.2018. בגדרו של פסק הדין, נדחה ערעורו של המבקש על הכרעת דינו ועל גזר דינו של בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט ד' בן טולילה), בת"פ 59289-05-17, מיום 16.10.2017; ומיום 8.11.2017.



2. נגד המבקש הוגש כתב אישום לבית משפט השלום בבאר שבע, המייחס לו החזקה ושימוש בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים). מעובדות כתב האישום עולה, כי ביום 16.5.2017, החזיק המבקש 20 יחידות של סם מסוכן מסוג FUB-AMB, שלא לצריכתו העצמית, ללא היתר כדן או על פי רישיון מאת המנהל.

3. המבקש כפר באשמה שיוחסה לו, ובמענה לכתב האישום טען כי הוא "לא החזיק בכלל בסמים". בשלב הסיכומים העלה המבקש לראשונה טענה, אשר לא נדונה במהלך המשפט, ולפיה החומר מסוג FUB-AMB, "כלל אינו מופיע בפקודה בכל צורה שהיא", ולשיטתו "די באמור לעיל על מנת להורות על זיכוי של [המבקש] מכל אשמה". ביום 20.7.2017, החליט בית משפט השלום, לאפשר למשיבה להביא ראיות נוספות בנוגע לטיב החומר אשר החזיק המבקש, "וזאת בין אם במסגרת סעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 או בהתאם להוראת 167 לחוק הנ"ל". בית משפט השלום נימק את החלטתו, בין השאר, בכך שהמשיבה, אשר הסתמכה על המענה של המבקש לכתב האישום, והגשת מרבית הראיות בהסכמה, נמנעה מלהעיד עדים רלוונטיים לבחינת הטענה בדבר טיב החומר שנתפס. עוד הטעים בית משפט השלום, כי "פקודת הסמים המסוכנים מדברת על כך שחומר ייחשב כסם אפילו תבוצע נגזרת כימית שלו וזאת על מנת להחילה על כל שינויים כימיים מינוריים המבוצעים בסמים מסוכנים כאלו ואחרים". הובהר בנוסף, כי הוספת ראיות במקרה דנן, אינה מהווה "ביצוע פעולה פיזית של בדיקת החומר מחדש במעבדה אלא למעשה פעולה טכנית ביותר הנוגעת לבירור האם חומר זה נכלל בפקודה... בשם לב לאפשרות כי נגזרות של אותו חומר יהוו גם כן סם מסוכן". בית משפט השלום ציין, כי בשל חומרת העבירה, "האינטרס הציבורי מחייב את קבלת מלוא התמונה הראייתית", טרם שתוכרע שאלת אשמתו של המבקש. ביום 27.7.2017, התיר בית משפט השלום להביא לעדות את רונן בורלא (להלן: המומחה), קצין המעבדה האנליטית במחלקה לזיהוי פלילי (להלן: המעבדה האנליטית) המועסק בה למעלה מ-30 שנה, אשר ערך חוות דעת מומחה, שהוגשה בהסכמה בתחילת ההליך, בנוגע לחומר שנתפס ברשותו של המבקש.

4. ביום 16.10.2017, הורשע המבקש, בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, לאחר שבית משפט השלום קבע כי החומר החשוד כסם היה בחזקתו של המבקש וכי הוא לא נועד לצריכתו העצמית. בית משפט השלום קבע בנוסף, כי החומר בו החזיק המבקש, FUB-AMB, הינו סם מסוכן, כהגדרתו בפקודת הסמים. זאת, על סמך חוות דעתו ועדותו של המומחה, אשר בהן לא מצא בית משפט השלום "כל דופי". בית משפט השלום ייחס לחוות הדעת את "מלוא המשקל", בציינו כי לא הובאה חוות דעת נוגדת מטעם המבקש, בכדי לשלול את דברי המומחה מטעם המשיבה. בית משפט השלום נימק את מסקנתו האמורה, לפיה החומר בו החזיק המבקש הינו סם מסוכן על פי פקודת הסמים, כדלקמן:

"אשר להיות החומר [FUB-AMB] כזה הנמנה על סמים מסוכנים, המומחה העיד כי בהתאם לאמור בתוספת הראשונה סימן ב' סעיף (לה) בפקודת הסמים, 'אינדוזול קרבוסמיד' הינו סם מסוכן כאשר לצד ציון שמו מופיעה התוספת: 'וכן נגזרות של חומרים אלה'. המומחה העיד כי הסם מסוג FUB-AMB [FA] הינו נגזרת מבנית ואף הגיש לבית המשפט תרשים... ממנו ניתן לראות מהי אותה מולקולת בסיס... ומה הן אותן תוספות לאותה מולקולה בסיסית." [הדגשות במקור - א.ש.]



סיכומי של דבר, בית משפט השלום קבע על סמך מכלול הראיות, כי המבקש החזיק בשקית ובה 20 יחידות של סם מסוכן מסוג FUB-AMB, וכי הסם נועד שלא לצריכה עצמית. בסיומה של הכרעת הדין, המליץ בית משפט השלום למעבדה האנליטית במשטרת ישראל, לשקול "אפשרות לשינוי אופן רישום חוות הדעת על ידי המעבדה", כך שכאשר חומר מתגלה "כנגזרת מבנית" של סם מסוכן המופיע בפקודת הסמים, יצוין הדבר במפורש בחוות הדעת, על מנת למנוע אי הבנות בעניין זה.

5. ביום 8.11.2017, גזר בית משפט השלום את דינו של המבקש, והשית עליו 8 חודשי מאסר לריצוי בפועל; הפעלת מאסר מותנה בן 12 חודשים אשר ירוצה במצטבר לעונש המאסר האמור והפעלת מאסר מותנה בן 8 חודשים אשר ירוצה בחופף, כך שעל המבקש לרצות 20 חודשי מאסר בפועל; 10 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים, לבל יעבור המבקש עבירות סמים מסוג פשע; 5 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים, לבל יעבור המבקש עבירות סמים מסוג עוון; וקנס בסך 1,500 ₪, או 10 ימי מאסר תחתיו.

6. המבקש הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, במסגרתו השיג על הרשעתו בדין ועל חומרת עונשו. ביום 27.3.2018, נדחה הערעור על שני חלקיו. לאחר סקירת השתלשלות העניינים בתיק זה, ופירוט טיעוני הצדדים, הטעים בית המשפט המחוזי, כי הוא חש "תחושה כבדה של אי נוחות לנוכח החלטה מפורשת של ההגנה לנקוט בגישה של הסתרה מכוונת של טענותיה עד לשלב של הסיכומים...". לאחר זאת, דחה בית המשפט המחוזי את טענת המבקש, לפיה שגה בית משפט השלום משהתיר למשיבה להשלים את ראיותיה בתום שלב הסיכומים. בית המשפט המחוזי עמד על הסמכות הנתונה לבית המשפט להתיר הבאת ראיות "גם לאחר סיום פרשת ההגנה ובכל עת", הן מטעם התביעה, לפי סעיף 165 לחסד"פ; והן מטעם בית המשפט, לפי סעיף 167 לחסד"פ, ועל מגמת הפסיקה בעניין זה. בית המשפט המחוזי קבע, כי בצדק קיבל בית משפט השלום את עדותו של המומחה לאחר שלב הסיכומים, באומרו כי:

"לא התנהגות התביעה בבית המשפט קמא הייתה רשלנית (גם אם ניתן היה להגיש חוות דעת מפורטת יותר, לא רק על טיב החומר אלא גם על היותו של אותו חומר סם מסוכן על פי פקודת הסמים המסוכנים), אלא שהתנהגות ההגנה הייתה מטעה; ונראה כי נועדה למנוע מבית המשפט להגיע לחקר האמת על ידי העלאת טענה מפתיעה בישורת האחרונה של ההליכים. העלאת הטענה באשר לטיב החומר נשוא חוות הדעת במעמד הסיכומים, למעשה בניגוד למצג שהוצג לאורך כל הדיונים - משלב המענה, דרך שלב שמיעת הראיות והגשת כל המסמכים, כולל חוות הדעת, בהסכמה, ועד לסיכומים - חייבה קבלת תגובת המאשימה [המשיבה] ופתיחת הדיון בנקודה זו מחדש. לכן, בדין זומן בורלא [המומחה] ליתן הסבר על חוות דעתו, כפי שהיה קורה לו הסנגוריה הייתה נוהגת בהגינות ומעלה טענותיה בשלב המענה או בעת היותו על חקירתו..."

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע בפסק דינו, כי "בענייננו, התיר בית המשפט לתביעה להביא את המומחה מטעמה על מנת שיבהיר את חוות הדעת שהוגשה בהסכמה, ולא יזם הכנסת ראיה חדשה לזירת המחלוקת, ועל כן, נכון וראוי היה לאפשר העדתו של בורלא". בית המשפט המחוזי לא ראה לקבל טענות אחרות של המבקש ביחס לתוכן וקבילות חוות הדעת, ובנוסף - דחה את הערעור על חומרת העונש.

הבקשה לרשות ערעור ותגובת המשיבה



7. על בקשת רשות הערעור המונחת לפני חתומים עו"ד טל ענר ועו"ד רות לזין מטעם הסניגוריה הציבורית. הבקשה משיגה על הרשעת המבקש בדין, ומעלה שתי סוגיות עיקריות: "הסוגיה הראשונה", עניינה בהתנהלות ההגנה במשפט, ובשאלה האם הנאשם בפלילים רשאי שלא לחשוף אם קו ההגנה, או שמא יש בהתנהלות כזו משום הטעיה והפרה של חובותיו כלפי בית המשפט. הסוגיה השנייה, עוסקת בהיקף ואופן השימוש בשיקול הדעת המסור לבית המשפט להזמין עדים, לאחר שסיימו הצדדים את הבאת ראיותיהם, על פי סעיף 167 לחסד"פ". בגוף הבקשה נטען על ידי המבקש, כי בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו נורמה, לפיה סנגור, אשר מגלה חוסר מסוים בתשתית הראייתית שהציגה התביעה, נדרש להעלותה בהקדם, בניגוד לחובתו של הסנגור לייצג את האינטרס של הנאשם, מבלי לפגוע באמונו, ובניגוד לעקרונות שיטת המשפט האדברסרית. עוד נטען, כי זכותה של ההגנה, שלא לחשוף את קו הטיעון שלה, נובעת מזכות השתיקה הנתונה לנאשם, ומחובת התביעה לשאת בנטל הבאת הראיות, ולשיטתו של המבקש יש לקבוע כי ההגנה במשפט פלילי אינה נושאת באחריות להסב את תשומת הלב של התביעה לחוסרים הקיימים בראיותיה.

המבקש הוסיף ונטען, כי שגה בית משפט השלום כאשר עשה שימוש גם בסעיף 167 לחסד"פ, שעניינו יוזמת בית המשפט בהבאת ראיות מפלילות נוספות. המבקש גורס, כי בקשתו מעלה שאלה רחבה אשר בוחנת את "ההיקף ואופן השימוש בשיקול הדעת המסור לבית המשפט להזמין עדים, לאחר שסיימו הצדדים את הבאת ראיותיהם, על פי 167 לחסד"פ". לטענת המבקש, יש לעשות שימוש זהיר ומצומצם בסמכות זו. המבקש טען בנוסף, כי בנסיבות של "רשלנות רבתי, מערכתית, של התביעה", אשר מאפיינות את המקרה דנן, אין לאפשר או ליזום השלמת ראיות לאחר שלב הסיכומים, במטרה לתקן את שהחסירה התביעה, וזאת מכמה טעמים: הבאת הראיות בשלב זה עלולה להתפרש כמעשה שנעשה מתוך "הזדהות" עם אחד הצדדים; החשש ל"הרגלת רשויות התביעה" להבנה כי כל מחדל שייחשף, יתוקן על ידי בית המשפט; החלשת מעמדם של סנגורים, שתפקידם הוא למצוא פגמים במארג הראיות של התביעה; ופגיעה בזכויותיהם הדיוניות של נאשמים.

8. בתגובתה לבקשת המבקש, גורסת המשיבה, כי השאלה המשפטית, אותה מעלה המבקש, ביחס לסמכות להתיר הגשת ראיות נוספות לאחר שלב הסיכומים, "נידונה כבר על-ידי בית משפט זה, על היבטיה השונים", ולפיכך אינה מצדיקה דיון נוסף "בגלגול שלישי". לגופו של עניין, נטען על ידי המשיבה כי החלטת בית משפט השלום מתיישבת עם הוראות החוק והפסיקה, מהם עולה כי אין לחסום לחלוטין את הדרך להבאת ראיות נוספות, על מנת למנוע עיוות דין ופגיעה באינטרס הציבורי, "העלול להיפגע מזיכויו של עבריין עקב משגה של תובע". המשיבה סבורה, כי הפעלת הסמכות, להתיר הבאת ראיות נוספות, נעשתה בזירות הראויה, וכי יש מקום להבחין בין הגשת ראיה לצורך הבהרה של ראיה קיימת, כבענייננו, לבין הגשת ראיה חדשה.

9. המבקש הגיש, לאחר קבלת רשות לכך, תשובה לתגובת המשיבה, בה חזר על עיקרי טענותיו, המופיעות בכתב הבקשה. לטענת המבקש, מרבית ההלכות הפסוקות, ביחס לסמכות בית המשפט להתיר זימון עדים נוספים בכל שלב של ההליך המשפטי, התקבלו בתקופה שקדמה למהפכה החוקתית, אשר ביססה את זכויותיו הדיוניות של הנאשם, והקנתה להן מעמד מיוחד. עוד נטען, כי חרף המלצת בית המשפט השלום במסגרת הכרעת דינו, כי המעבדה האנליטית תשקול להוסיף התייחסות בחוות דעת הניתנות מטעמה לשאלה, האם החומר שנבדק מהווה נגזרת של סם מסוכן, ההמלצה לא יושמה, והתביעה מוסיפה להגיש כתבי אישום "מבלי שיש ברשותה ראיה המוכיחה כי מדובר בסם מסוכן".



10. הלכה היא, כי רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן במקרים חריגים בלבד, בהם מתעוררת שאלה משפטית כבדת משקל או סוגיה ציבורית רחבת היקף, החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים להליך; או כאשר מתעורר חשש ממשי מפני עיוות דין מהותי או אי-צדק שנגרם למבקש (רע"פ 3742/18 פלוני נ' פלוני (25.7.2018); רע"פ 4770/18 הדרה נ' מדינת ישראל (12.7.2018)). לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובנספחיה, נחה דעתי כי הבקשה אינה עומדת באמות המידה האמורות, ומכל מקום מדובר בעניינים שהוכרעו, ואינם מצריכים דיון נוסף ב"גלגול שלישי". בנוסף, מרבית טענותיו של המבקש כבר הועלו בפני ערכאת הערעור, אשר התייחסה אליהן ודחתה אותן לגופן בפסק דין מפורט, ומשכך, נראה כי הבקשה מהווה ניסיון לערוך מעין "מקצה שיפורים" לתוצאת הערעור, ניסיון שאין להיעתר לו (רע"פ 4070/18 שניר נ' מדינת ישראל (1.8.2018); רע"פ 3158/18 פלוני נ' מדינת ישראל (26.6.2018)). די בטעמים אלו על מנת לדחות את הבקשה.

11. למעלה מן הצורך, אתייחס למקצת מן הטענות שהועלו בבקשה. אין בידי לקבל את טענותיו של המבקש בכל הנוגע לשימוש שעשה בית משפט השלום בסמכותו, לאשר הגשת ראיות נוספות, לאחר שלב הסיכומים. יפים לענייננו, דברי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) י' כהן, אשר עמד על תכלית השימוש בסמכות זו:

"בכמה פסקי-דין, שניתנו בבית-משפט זה, הודגש הצורך לנהוג בזהירות במתן רשות להביא ראיות נוספות, אחרי שנסתיימו ראיות בעלי הדין לפי הסדר הרגיל הקבוע בחוק. ברם, המגמה הברורה בפסקי הדין של בית-משפט זה היא למנוע עיוות דין, העלול להיגרם בין לנאשם ובין לאינטרס הציבורי, העלול להיפגע מזיכויו של עבריין עקב משגה של התובע; המגמה היא שלא לחסום לחלוטין את הדרך להבאת ראיות נוספות" (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל פ"ד לה (3) 510, 505 (1981)).

לטעמי, דברים אלה נכונים גם כיום, ואיני רואה מקום לשנות מגישה זו, למרות הזהירות המתבקשת בהפעלת הסמכות, כפי שהובהר על ידי השופט נ' הנדל, בע"פ 5617/15 מריסאת נ' מדינת ישראל (27.7.2016) (להלן: עניין מריסאת). בפסק דין זה נדון השימוש שעשה בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 167 לחסד"פ, להביא ראיות מטעמו, ונקבע כי, ככלל, מן הראוי להימנע מכך, בהעדר נסיבות מיוחדות. עוד הובהר בעניין מריסאת, כי יש להבחין "בין מקרה בו בית המשפט מעוניין להזמין עד לצורך הבהרה ביחס לראיה קיימת, לבין הכנסת ראיה חדשה לתוך הזירה ובייחוד זו שעשויה לסייע דווקא לתביעה" (שם, בפסקה 10). נזכיר, כי במקרה דנן אושרה הבקשה לשמיעת עדותו של המומחה גם מכוח סעיף 165 לחסד"פ ואין מדובר בהזמנת עד ביוזמתו של בית המשפט.

כאמור, וכפי שציין בית המשפט המחוזי, אין לראות את העדת המומחה במקרה דנן כהגשת ראיה חדשה. עדות זו נועדה להבהיר את תוכן חוות דעתו של המומחה, אשר הוגשה בהסכמה, ולא כללה התייחסות מפורשת לשאלה, האם החומר המדובר (FUB-AMB) מהווה נגזרת של סם מסוכן לפי פקודת הסמים? סבורני, כי זיכויו של המבקש, חלף זימונו של המומחה להבהרת חוות דעתו, בשל משגה טכני של המשיבה, עלול לגרום לפגיעה קשה באינטרס הציבורי, להגיע אל חקר האמת, מבלי לפגוע באינטרס מהותי של הנאשם.



12. סוף דבר, משלא מצאתי פגם בפסק דינו של בית משפט המחוזי, אשר דחה את הערעור על החלטתו של בית משפט השלום, הנני מחליט לדחות את הבקשה לרשות הערעור.

ניתנה היום, א' באלול התשע"ח (12.8.2018).

ש ו פ ט (בדימ')
